

A. I. Nº - 232948.0029/20-0
AUTUADO - TRANSPORTES DELLA VOLPE S. A. COMÉRCIO E INDÚSTRIA
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAP ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 18/11/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0186-04/21-VD

EMENTA. ICMS. PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. OPERAÇÕES INICIADAS NESTE ESTADO NÃO SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Argumentos defensivos limitados a suscitar nulidades no lançamento, as quais não foram acolhidas. Não apresentados argumentos defensivos em relação ao mérito da autuação. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de lançamento tributário ocorrido em 21/12/2020, para reclamar crédito tributário no montante de R\$86.628,67, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação: *“Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração de valores do imposto nas Prestações de Serviço de Transporte Rodoviário. Contribuinte utilizou indevidamente os recolhimentos efetuados através de GNRE sobre fretes tomados entre outras unidades da Federação e classificados como CFOP 6932”*.

O autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 56 a 61, onde, em preliminar, arguiu vício da intimação e do Auto de Infração.

Neste sentido pontuou que foi intimada a ***“comprovar os pagamentos dos fretes tomados através de Substituição Tributária, CFOP 6360. As informações deverão estar formatadas numa planilha discriminando os CTE com os respectivos dados (número, tomador, data e valor),*** todavia o Auto de Infração foi lavrado sobre assunto diverso do solicitado pelo Fisco, não lhe sendo dado a oportunidade de provar que os valores foram devidamente recolhidos.

Com isso, asseverou que a intimação fora expedida com vício, comprometendo, inclusive, sua defesa, pois acarreta cerceamento ao seu direito de defesa.

À luz do quanto acima transcrito, indagou que, como é possível, na condição de empresa transportadora contratada para a realização do transporte rodoviário de cargas, comprovar os pagamentos dos fretes tomados? Acrescentando que quem paga o frete (serviço de transporte) é o **tomador do serviço**, no caso a empresa Vale Manganês S.A, acrescentando que no caso presente é a prestadora dos serviços de transportes de cargas e não a tomadora, pois no caso se aplica a substituição tributária, ao tempo em que, nem mesmo o pagamento do ICMS a título de ST poderá ser comprovado já que se está falando de uma prova conhecida em direito como “prova diabólica”, impossível de prestar.

Sustentou que o Auto de Infração não pode prosperar posto que está eivado de vícios deste do nascedouro da Ordem de Serviço, na qual não consta a solicitação de comprovação de recolhimentos de ICMS sob o CFOP 6932.

Ao se reportar ao enquadramento legal da acusação apontou os dispositivos indicados como infringidos e a multa aplicada no percentual de 100%, prevista pelo Art. 42, inciso V, alínea “a” se refere a *“imposto retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente”*.

Salientou que fica evidenciado que o Fisco baiano desconsidera todo e qualquer outro meio probatório, ao tempo em que passa a demonstrar que não é o sujeito passivo por substituição tributária, assim como não foi observado a própria legislação sobre o tema, o que considera como sendo um grande equívoco.

Destacou que fazer justiça é a aplicação da lei ao fato, não se podendo, nos dias atuais, crer na inversão da prova por força da presunção de legitimidade dos atos administrativos, além de que, esse atributo não exonera a administração pública de provar os atos que afirma, indagando em quais fatos se apegam a Administração para lhe impor tal encargo, sendo que não cometeu nenhum ilícito fiscal tampouco qualquer ato contrário a legislação tributária estadual.

Pontuou, ainda, que a presumida legitimidade do ato permite à Administração Pública aparelhar e exercitar, diretamente, sua pretensão de forma executória, mas este atributo não a exime de provar o alegado, mesmo porque o Auto de Infração combatido é írrito.

Em conclusão, requereu a desconstituição do crédito tributário, com o julgamento pela Improcedência do Auto de Infração, a realização de diligência para melhor elucidação dos fatos, e, finalmente, o cancelamento do Auto de Infração com reabertura de nova fiscalização com ordens de serviço claras e transparentes, com prazos razoáveis para apresentação de documentos.

O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 75 a 77, destacando que o presente Auto de Infração se resume, exclusivamente, a crédito tributário em decorrência de recolhimento a menos do ICMS Normal, apurado pelo autuado nas prestações regularmente escrituradas na sua EFD, em prestações não alcançadas pela substituição tributária (Art. 298 do RIMCS/BA).

Desta forma, considera descabida a nulidade suscitada pela defesa à vista de intimação relativa à comprovação de recolhimento de ICMS retido por substituição tributária, que trata de outra matéria verificada ao longo da ação fiscal, verificações estas que foram feitas, e comprovados os recolhimentos pelos tomadores do serviço, matéria esta que em nada se relaciona a infração aqui apontada.

Sustentou que o Auto de Infração se encontra regularmente instruído e não vislumbra transgressão ao que dispõe o Art. 18 do RPAF/BA.

Ao adentrar ao mérito do lançamento, destacou que o autuado exerce a atividade econômica de transportadora de cargas e que é optante pelo crédito presumido previsto pelo Art. 270, III, “b” do RICMS/BA, observando que a ação fiscal teve como base o exame dos registros fiscais e das prestações de serviços de transportes de cargas regularmente escriturados, sendo que, o demonstrativo de fl. 11 não deixa qualquer dúvida quanto ao levantamento realizado, descrevendo, em seguida, como foi realizado o levantamento fiscal, ou seja: transcreveu todos os débitos de ICMS escriturados na EFD pelo autuado, em seguida, para efeito de cálculo do crédito presumido previsto pelo Art. 270, III, “b” do RICMS, excluiu as operações sob os CFOP 6932 e 5932, cujo início da prestação não se deu no Estado da Bahia e o recolhimento efetivo foi devido à unidade da Federação do início da prestação do serviço de transporte de cargas, sendo que, do montante apurado nas prestações iniciadas neste Estado foram deduzidos os valores lançados a título de “*outros créditos*” conforme ajustes na EFD, passíveis de utilização, chegando-se, assim, à base de cálculo para apuração do crédito presumido.

Desta forma, afirmou, que se tratam de demonstrativos simples, de fácil entendimento, enquanto que todos os valores ali inseridos estão relacionados de forma analítica das fls. 12 a 45, iniciando pelos recolhimentos efetuados pelo autuado e finalizando com todos os CTe emitidos.

Finalizou asseverando que da leitura da peça defensiva nota-se que o autuado não elidiu a acusação fiscal, não apontou qualquer inconsistência nos valores apurados enquanto que seus argumentos pairam apenas sobre nulidade da ação fiscal, cuja pretensão considera descabida.

Concluiu requerendo a Procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

A acusação posta no presente Auto de Infração, onde se exige imposto na ordem de R\$86.628,67, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, está assim posta: “*Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração de valores do imposto nas Prestações de Serviço de Transporte Rodoviário. Contribuinte utilizou indevidamente os recolhimentos efetuados através de GNRE sobre fretes tomados entre outras unidades da*

Federação e classificados como CFOP 6932”.

Em sua defesa, o autuado, na prática, se limitou a arguir questões relacionadas a aspectos formais do lançamento, pugnando pela nulidade do Auto de Infração, não adentrando, a rigor, ao mérito da autuação, apesar de ter pleno conhecimento do objeto da autuação, tanto que anexou à sua defesa o inteiro teor do Auto de Infração, no qual a acusação se encontra explícita de forma clara. Aliás, na intimação via DT-e encaminhada ao autuado, consta que foram juntadas à mesma, além do Auto de Infração, os anexos que o integram, os quais o autuado não alegou desconhecimento.

Assim, é que o primeiro argumento de nulidade trazido pelo autuado, se relaciona a vícios na intimação que lhe foi encaminhada anteriormente, para comprovar pagamentos efetuados pelos tomadores de serviços referentes a imposto retido nas operações sujeitas à substituição tributária.

Este argumento não faz qualquer sentido, vez que, em nada se relaciona ao presente Auto de Infração. Se trata, portanto, de situação envolvendo outro lançamento, totalmente desvinculado deste. Afasto, portanto, este argumento de nulidade trazido pelo autuado.

No tocante ao outro argumento, no sentido de que o Auto de Infração não pode prosperar, posto que está eivado de vícios desde o nascedouro da Ordem de Serviço, na qual não consta a solicitação de comprovação de recolhimentos de ICMS sob o CFOP 6932, também não há como prosperar, na medida em que a Ordem de Serviço de nº 505202/20, fl. 07, emitida pela Administração Fazendária para efeito de fiscalização no estabelecimento do autuado, determina que seja efetuada Auditoria Fiscal/Contábil, sugerindo os roteiros de fiscalização a serem seguidos pelo autuante, o que foi feito.

Portanto, não há em que se falar em vício existente desde o nascedouro da Ordem de Serviço, a qual se reveste em um instrumento de ordem interna da Sefaz, enquanto que os roteiros de fiscalização a serem desenvolvidos, ficam a cargo do preposto fiscal, que deve obedecer ao quanto nela previsto, cuja execução compete ao superior hierárquico do preposto fiscal aquilatar.

Não acolho, também este argumento defensivo.

Apesar do autuado, em seus pedidos finais, requerer a desconstituição do crédito tributário e o julgamento pela improcedência do Auto de Infração, por ser uma questão que envolve o mérito da autuação, vejo que, a rigor, não foi trazido aos autos nada de concreto que justifique tal pedido.

O fato do autuado ter requerido a conversão do feito em diligência, sem justificar e apresentar elementos que deem margem a tal execução, implica em indeferimento de tal pedido, com base no que consta Art. 147 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

À luz do que consta dos autos, se depreende que a autuação foi levada a efeito com base no demonstrativo de fl. 11, onde se observa, que na verdade, é uma espécie de levantamento fiscal que trata de reconstituição da conta corrente fiscal do autuado, onde consta a indicação dos débitos de ICMS pertinentes às operações com os CFOP 6352, 6353 e 6932, a concessão do crédito presumido de 20%, do qual o autuado é optante, o valor a ser recolhido, o qual comparado com aquele que foi efetivamente recolhido, foi exigida a diferença paga a menos, quando devida.

Não se pode perder de vista a explicação trazida pelo autuante, no sentido de que o autuado exerce a atividade econômica de transportadora de cargas, e que é optante pelo crédito presumido previsto pelo Art. 270, III, “b” do RICMS/BA, observando que a ação fiscal teve como base o exame dos registros fiscais e das prestações de serviços de transportes de cargas regularmente escriturados, sendo que o demonstrativo de fl. 11, não deixa qualquer dúvida quanto ao levantamento realizado, descrevendo em seguida como foi realizado o levantamento fiscal, ou seja: transcreveu todos os débitos de ICMS escriturados na EFD pelo autuado, em seguida, para efeito de cálculo do crédito presumido previsto pelo Art. 270, III, “b” do RICMS, excluiu as operações sob os CFOP 6932 e 5932, cujo início da prestação não se deu no Estado da Bahia, e o recolhimento efetivo foi devido à Unidade da Federação do início da prestação do serviço de transporte de cargas, sendo que do montante apurado nas prestações iniciadas neste Estado,

foram deduzidos os valores lançados a título de “*outros créditos*”, conforme ajustes na EFD, passíveis de utilização, chegando-se assim à base de cálculo para apuração do crédito presumido.

Desta maneira, estas são questões importantes, não enfrentadas pelo autuado, o que me leva à conclusão de que a exigência se encontra posta de forma correta, devendo, portanto, ser mantida.

Naquilo que diz respeito à multa aplicada, ao contrário do quanto dito pelo autuado, não foi a prevista no Art. 42, inciso V “a” da Lei nº 7.014/96, no percentual de 100%, mas aquela prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a”, no percentual de 60%, a qual fica mantida, em razão de ser a adequada para a infração apurada, e estar plenamente prevista em lei estadual vigente.

De maneira, que afastados todos os argumentos de nulidade apresentados pelo autuado, e em razão do mesmo não ter adentrado ao mérito da autuação, apesar de ter pleno conhecimento da autuação e não ter questionado nada em relação aos levantamentos realizados e apresentados pelo autuante, sua composição, e inclusive sem apontar equívoco de qualquer ordem cometido pelo autuado, voto pela Procedência do presente Auto de Infração no valor de R\$ 86.628,67.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, jugar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232948.0029/20-0**, lavrado contra **TRANSPORTES DELLA VOLPE S. A. COMÉRCIO E INDÚSTRIA**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$86.628,67**, acrescido da multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR